

BOT 投资方式的若干法律问题探析

厦门大学法学院 蔡 奕

摘要：BOT 方式是国际上为利用私人资本进行基础设施建设而衍生的一种新型投资方式。本文首先从实证角度剖析了 BOT 投资方式的法律框架及 BOT 当事各方的法律关系，在此基础上分析了我国推行 BOT 投资方式的若干法律障碍，提出了消除法律障碍和解决法律冲突的立法对策——进行统一的 BOT 专项立法，并阐述了 BOT 专项立法应涵盖的主要内容。

关键词：BOT；特许协议；项目公司；法律障碍；专项立法

BOT，即建设——营运——移交 (Build—Operate—Transfer) 的英文缩写，这是国际上为利用私人资本进行基础设施建设而采取的一种新型投资方式。其运作方式一般是先由东道国政府与私人财团签订特许协议，将原属于东道国的基础设施建设权和经营权在一定时期内让渡给私人财团，然后由私人财团组建一个项目公司，自筹资金进行项目建设，并在建成后自行营运取得收益，协议规定的期限届满后，项目公司必须无条件地将项目移交给东道国政府。BOT 投资方式具有融资能力强，自有资本需要量小，投资收益有保障等众多优点，因而不但深受东道国的欢迎，而且备受私人投资者的青睐。

一、BOT 投资方式的法律框架

BOT 投资方式是一个复杂的系统工程，所涉及的当事方包括政府、项目筹建集团、项目公司、国际融资机构、承建商、经营管理公司、保险公司等。众多当事方通过

签订一系列大小合同来确立、保证和调整彼此之间的权利义务关系，这些合同也相应地构成了 BOT 投资方式的基本法律框架。

1. 特许协议

特许协议是指 BOT 运作中政府主管部门授权特许私人投资者进行 BOT 项目建设和经营的协议。特许协议是 BOT 方式赖以运行的基础，随后的贷款、工程承包、经营管理、担保等诸多合同均以此协议为依据。在实践中，特许协议的签订模式主要有以下两种：一是政府通过招标、投标、定标，选择一个各方面条件都较优越的私人投资者，进行谈判，达成特许协议；二是由投资者向政府提出申请，政府全面考核投资者的资质批准其申请后，再与项目发起人通过谈判签订特许协议。

2. 财团合股协议

由于投资巨大、风险系数高，BOT 项目多是由多家跨国公司组成国际性财团共同进行投资的。它们共同向项目公司出资而成为项目公司的股东。股权的分配是通过各参

股人之间的合股协议来确定,在有些合股协议中,东道国政府也是项目公司的参股人之一¹。

3. 项目融资协议

从事公共基础设施建设需要大量资金,BOT 项目的资金来源有两种:股本与贷款。通常股本投资仅占总投资额的 25%~35%,而其余大部分资金来源于项目贷款,项目贷款协议通常由国际银团、国际性金融机构与项目公司达成,约定贷款人向某一特许工程提供贷款,以该项目的预期收益偿还贷款,而无权向项目公司股东追偿,故项目贷款又称无追索权或有限追索权贷款。为了保证贷款的安全性,贷款人往往要求项目公司以其公司财产或权益作为抵押,或要求项目公司的股东或东道国提供某种形式的担保或承诺。

4. 工程承包合同和经营管理合同

BOT 投资方式中的项目公司一般只作为融资中介而存在,本身并不具备自行设计、建设并经营项目的条件。因此,项目公司会寻找合适的工程承包商和经营管理者,与之分别缔结工程承包合同和经营管理合同,合同的对方可以是项目公司的股东本身或东道国的专业公司,也可以是其他具备足够的实力与技术力量的专业公司²。

5. 原材料供应合同与产品购买协议

BOT 项目的投资风险不仅包括政府行为风险和不可抗力风险,而且也包括原材料提价,产品或服务市场需求锐减致使投资者利润无法回收的商业性风险。为了减弱和抑制上述商业风险,项目公司往往要求与原材料的主要供应商和产品或服务的主要购买方达成原材料供应合同及产品购买协议。

此外,项目公司还要签订工程咨询合同、审计合同、法律咨询合同、保险合同等諸多法律文件,共同构成一个使 BOT 项目

得以顺利运转的复杂而完善的法律框架³。

二、BOT 当事各方的法律关系

1. 政府与项目发起人之间的特许法律关系

BOT 特许协议是由东道国政府授予外国投资者建设和经营一定基础设施项目权利的授权性法律文件。关于特许协议的法律性质,法学界长期以来存在着争议。一些学者主张特许协议为国际协定或准国际协定。东道国政府一旦有违约行为,即应承担国家责任。另一派观点则认为,特许协议应归属于国内契约⁴。笔者赞同后一种意见。鉴于特许协议的双方主体法律地位并不完全平等,东道国政府享有为维护公共利益所必需的特权,如发生自然灾害、意外事件及重大情势变更时,政府可单方面中止或变更特许协议,因此东道国政府与项目发起人(外国投资者)之间的特许法律关系是一种“行政合同”关系,即由政府介入的带有行政监督和管理内容的契约关系⁵。

2. 项目发起人与项目公司间的法律关系

项目公司是项目发起人依据特许协议投资所设立的公司,因此项目发起人与项目公司间的关系应为发起人股东和公司之间的关系,应适用我国《公司法》的有关规定。

3. 政府与项目公司之间的法律关系

项目公司是在中国境内依据中国法律由境外私人投资者投资设立的企业法人,以我国目前的企业分类标准来衡量,BOT 项目公司应属于外商投资企业。与其他外商投资企业一样,它必须接受中国政府管辖。因此,我国政府与项目公司之间的法律关系应为基于行政许可而形成的监管与被监管的行政管理关系。

4. 项目公司与项目贷款人、工程承包

公司、经营管理公司、原材料供应公司、产品购买人等之间的法律关系

BOT 项目法律框架包括项目公司与项目贷款人达成的项目贷款协议,项目公司与工程承包公司达成的工程承建合同,项目公司与专业经营管理公司达成的经营管理合同,项目公司与供应商达成的原材料供应合同,项目公司与产品购买者达成的产品购买协议等等。由于上述合同的双方当事人均处于平等地位,相应地项目公司与项目贷款人、工程承包商、经营管理人、供应商、产品购买人等之间的关系也就属于平等主体间的经济合同关系,应适用我国的经济合同法律体系。

三、我国推行 BOT 投资方式的法律障碍

BOT 投资方式进入中国市场的法律障碍主要体现在如下几个方面:

1. 现行法规对 BOT 性质的理解存在歧义

BOT 投资方式除上文所述的建设—营运—转交方式之外,还有建设—拥有一经营—转交 (BOOT)、建设—租赁—转交 (BRT)、设计—建设—经营—维护 (DBOM)、修复—经营—拥有 (ROO) 等多种,并不存在全球统一的固定模式。我国仅有的两部关于 BOT 的规章在对 BOT 性质的理解上也出现了泾渭分歧。外经贸部《通知》的相关规定将 BOT 方式界定为“建设—营运—转交”的狭义模式,而国家计委《通知》则将 BOT 理解为“建设—拥有一经营—转交”即 BOT 方式⁶。两部规章对 BOT 性质的理解迥异,会造成实践中的无所适从或各行其是,不利于我国 BOT 项目试点工作的开展。

2. 现行外资立法关于外资投向的规定

不利于 BOT 方式的顺利推广

改革开放之初,我国对外资进入领域分别规定有“禁止”或“限制”两类。1992 年初以来,随着形势的发展,某些原先属于“禁止”或“限制”之类的行业(如国内商业、保险、交通运输等),有逐步开禁的趋向。但 1995 年由国家计委、经贸委、外经贸部联合发布的《外商投资产业指导目录》仍宣布电网建设、经营,城市给排水、煤气、热力管网等公用事业的建设、经营等为禁止外商投资的项目,对港口、码头等基础设施的利用外资也作了限制性规定。显然,这样的规定限制了 BOT 项目在我国的大范围推广。

3. BOT 投资中采用的“授权资本制”与《公司法》等法律、法规的规定相悖

BOT 项目通常的注资操作是,项目投资者在签订特许协议后,以项目公司业已存在的资格证明为依据向国际银团申请融资,在可能获得贷款的前提下才注入自有资金⁷。这种“先登记,后出资”的“授权资本制”与《公司法》的“法定资本制”是相悖的,《公司法》采用的是“先出资,后登记”的“法定资本制”。这种明显的法律冲突是目前的 BOT 规章所难以解决的,须有待于今后更高阶次的 BOT 特别法作出规定。

4. 我国现行的外汇管理法律规范阻碍了 BOT 项目在我国顺利实施

我国已实现了人民币经常项目下的可自由兑换,但我国对资本项目下的外汇收支仍实行着严格的管制,我国的外商投资企业法律也有关于三资企业应自行保持外汇收支平衡的诸多“履行要求”⁸。这些外汇管理规定构成 BOT 在中国顺利实施的掣肘。BOT 项目的资本投入主要以境外外汇融资的形式进行,其项目则体现为人民币,因而与一般三资企业不同,BOT 项目本身并不具备出

口创汇功能。因此,强制性要求 BOT 项目公司保持收支平衡是不现实的。此外,在 BOT 项目投资中,境外银团贷款占有相当大的比重,我国现行法律关于外商投资企业应保持外汇平衡及资本项目外汇汇出限制的有关规定,将使项目公司以人民币收入偿还境外贷款本息的问题遭遇到极大困难。

5. BOT 项目的政府保证违反《担保法》有关政府不得为经济活动提供担保的规定

尽管有些学者指出, BOT 项下政府保证的主体、内容、责任承担方式均与一般担保迥异,因此 BOT 的政府保证可以豁免于《担保法》等法律法规的禁止之外⁹。但 BOT 的政府保证中,除了政府的政策性承诺和意向性担保外,还有某些纯粹的商业性担保,如完工担保、资金差额担保、固定回报率担保等,这些商业性保证实际上与《担保法》规定的一般意义上的保证并无实质区别,并且所谓“政策性承诺”和“意向性担保”到底属于何种性质,政府应承担何种责任,在理论界与实务界中均存在争议¹⁰。因此,我国《担保法》等法律规范关于政府机关不得充当保证人的笼统且绝对的规定,已经事实上成为 BOT 项目开展的掣肘。

四、BOT 的立法模式选择和立法内容

鉴于我国目前关于 BOT 的法律规范存在问题,我国亟需制定一部关于 BOT 投资方式的专项立法,以规范 BOT 投资方式的操作程序和运作方式,实现现行法律体系与 BOT 方式的衔接。

纵观世界各国的 BOT 立法实践,不外有以下三种模式:第一,由立法机关或行政机关制订 BOT 专项立法,如柬埔寨于 1995 年通过的《关于私营管理部门以 BOT 合同方式参与基础设施建设的条例》、巴西

1995 年 7 月通过的 9074 号法令——“特许法”(Concession Law);第二,国家不制定 BOT 统一法,而就具体的 BOT 项目单项立法(主要体现为地方政府条例和专项政府规章),如香港 1995 年制定的《大榄隧道及元朗隧道条例》;第三,不就 BOT 方式专门立法,而以现行的法律加以规范,以澳大利亚为其典型。从我国目前的实际情况来看,笔者认为第一种模式即专项统一立法模式比较适合我国的国情。在立法主体的选择上,笔者认为应由全国人大及其常委会制定发布单行法律较为稳妥,这是因为目前构成 BOT 法律障碍的法律规范不少是全国人大制定和发布的基本法律,如《公司法》、《担保法》等,而适用“后法优于前法”、“特别法优于普通法”原则解决法律冲突的前提是特别法与普通法,后法与前法必须属于同等法律阶次。为了保证以较高的法律阶次清除 BOT 方式的法律障碍,笔者认为 BOT 立法应以全国人大或其常委会制定单行法律为宜。由国务院发布行政法规虽可解决推行 BOT 方式的部分法律障碍,如《外汇管理条例》中有关资本项目下外汇汇出的限制,但它对更高阶次的法律障碍,如《公司法》中“法定资本制”的规定,《担保法》中关于国家机关禁为保证人的规定,是束手无策、无能为力的。

目前我国的 BOT 统一立法应涵盖以下内容:(1)界定 BOT 投资方式的法律性质。应与国际通行的 BOT 定义接轨,划清 BOT 与 BOOT、BOOST、BTO、BRT 等投资方式的界限,这是顺利推行 BOT 方式的基本前提。(2)界定特许权、特许协议的定义,规定特许权的授受主体和授予形式。对特许权的授予对象(私人投资者)应规定一定的资质条件(如享有较高信誉、具备一定管理经验和技術能力、业绩达到一定标准等),以保

证 BOT 项目的质量。(3)确定 BOT 项目的审批机构和审批程度。在我国,应采取外经贸部、国家计委、建设部牵头,其他各相关部委予以协助的联合审批制度。在审批程序问题上,BOT 立法应注意规定审批权限和审批时限,以杜绝审批程序中的推诿与拖沓。(4)规定 BOT 方式的准入领域和准入条件,在准入领域问题上,BOT 的准入领域应较现行一般外资的准入领域适当放宽,应允许在基础设施和公用事业建设中采取 BOT 方式利用外资。在准入条件问题上,应取消一些不合理的履行要求(如外汇平衡要求),以增强外国私人投资者投资中国 BOT 项目建设的信心。(5)规定 BOT 项目的运作程序和实施过程中的外部监督问题。(6)规定政府对 BOT 项目主办人或项目公司的政府保证问题。应明确界定所谓政府“意向性担保”及“政策性承诺”的法律性质和法律效力,并允许政府在特定情况下超越《担保法》的禁区,为 BOT 项目提供诸如完工担保、资金差额担保、固定收益率担保等商业性担保。(7)规定 BOT 项目的经营期限,根据具体项目的性质和特点,界定 BOT 项目的经营期限,一般最长期限不宜超过 50 年。期限的确定既要维护东道国的国家利益和社会效益,也要保证投资者的投资回报。(8)规定对 BOT 项目的征收、国有化及其补偿问题。为保障外国投资者的盈利信心,BOT 立法应承诺在通常情况下不对 BOT 项目采取征收、国有化等政治措施。但在法定的特殊情势(如战争、灾害等)下,国家出于公共利益的考虑,可依法律程序对 BOT 项目实行征收或国有化,并根据我国法律及具体情形给投资者适当的补偿。(9)争议的解决与法律适用条款。鉴于 BOT 一般与不动产密切相关,加之 BOT 特许协议通常在项目工程所在国签订,在项目工程

所在国履行,项目设施位于项目工程所在地,项目公司亦多为东道国法人,因此,无论依冲突法上“不动产物权及其行使适用不动产所在地法”原则还是“最密切联系”原则,均应确立我国法院对 BOT 特许协议争端的专属管辖权,相应地此类争论也应排他地适用我国法律。

除以上内容外,BOT 立法还应涉及与 BOT 投资直接相关的其他一些重要事项(如外汇管理、土地使用、税收优惠、经营权范围等)。当然,BOT 专项立法不可能也没有必要囊括与 BOT 投资有关的一切内容,它只是对 BOT 投资方式在我国遭遇到的共性问题作出规定,在此基础上,应允许各地方政府结合当地的实际情况制定地方性的 BOT 法规或规章,作为 BOT 专项立法必要而有益的补充。

注释:

①林忠:《BOT 投资方式法律问题研究》,《国际经济合作》1995 年第 3 期。

②③徐崇利、林忠:《中国外资法》,法律出版社 1998 年版,第 90 页。

④徐崇利:《国际投资法中的重大争议问题与我国的对策》,《中国社会科学》1994 年第 1 期。

⑤我国目前类似于特许协议的行政合同关系还有国有土地使用权出让合同等。

⑥参见 1995 年国家计委、电力部、交通部《通知》第 2 条。

⑦孙潮、沈伟:《BOT 投资方式在我国的适用冲突及其法律分析》,《中国法学》1997 年第 1 期。

⑧如《外资企业法》第 18 条规定:“外资企业应当自行解决收支平衡”,《合营企业法实证条例》第 75 条亦规定:“合营企业的外汇收支一般应保持平衡”。

⑨蔡亚平、赵康:《BOT 的法律问题与我国 BOT 立法》,《法学研究》1998 年第 2 期。

⑩麦秀闲:《BOT 项目融资担保制度初探》,1998 年国际经济法研讨会论文,第 4 页。

(责任编辑 武齐)